KONINKRIJK BELGIË
---

ADVIES 45.811/3
VAN 3 FEBRUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE
---

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 9 januari 2009 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende de regeling van de melding aan Kind en Gezin van opvang op bestendige wijze", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 27 januari 2009 en 3 februari 2009, het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Krachtens artikel 14 van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin, is iedereen die op een bestendige wijze en al dan niet tegen betaling, kinderen beneden twaalf jaar opvangt, behalve als het ouders of verwanten tot en met de vierde graad betreft, verplicht dit aan het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) mee te delen. Deze mededeling heeft tot gevolg dat de door de Vlaamse Regering aangewezen inspectiediensten tijdens de opvangmomenten toegang hebben tot alle plaatsen of ruimten die voor de opvang bestemd zijn of ermee in verband staan. De Vlaamse Regering bepaalt wat onder "opvang op bestendige wijze" wordt verstaan, bepaalt de voorwaarden van de verplichting tot mededeling en van de toegang door de inspectiediensten en legt vast wie van de meldingsplicht wordt vrijgesteld op basis van een erkenning binnen de voor de betrokken opvangcapaciteit geldende regelgeving.

Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot nadere regeling van de meldingsplicht en van de inspectie. Achtereenvolgens worden het toepassingsgebied van de meldingsplicht, de meldingsprocedure en de gevolgen van de melding geregeld. In het raam van dit laatste punt worden ook de taak en de bevoegdheden van de inspectie gespecificeerd.

Het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, komt in de plaats van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 1997 houdende regeling van de melding aan de instelling Kind en Gezin van de opvang op bestendige wijze van kinderen, dat wordt opgeheven.

3.1. Het ontworpen besluit vindt, globaal genomen, rechtsgrond in artikel 14 van het decreet van 30 april 2004 of in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gelezen in samenhang met het genoemde artikel 14 [(1)]. In zoverre taken worden toevertrouwd aan Kind en Gezin, kan bijkomend rechtsgrond worden gevonden in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, naar luid waarvan de Vlaamse Regering binnen het kader van de missie en de taken van Kind en Gezin specifieke taken aan dat agentschap kan toevertrouwen.

3.2. In artikel 2 van het ontwerp wordt op niet geheel conforme wijze herhaald wat is bepaald in artikel 14, eerste lid, van het decreet van 30 april 2004. Luidens die laatste bepaling geldt de meldingsplicht met betrekking tot de opvang van kinderen beneden twaalf jaar, terwijl het ontwerp de grens legt op het doorlopen hebben van het basisonderwijs, hetgeen ook kinderen kan insluiten die twaalf jaar of ouder zijn. Volgens de gemachtigde is het doel dat ook de opvang van kinderen die dertien jaar zijn, maar nog in het basisonderwijs zitten, valt onder het toepassingsgebied van het ontwerp.

Het komt de Vlaamse Regering evenwel niet toe af te wijken van een decreet. Artikel 2 van het ontwerp dient in beginsel dan ook te worden weggelaten. Indien men een conforme herhaling van de genoemde decreetsbepaling om didactische redenen nodig acht, dient de juridische aard van de betrokken bepaling duidelijk tot uiting te komen ("overeenkomstig").

3.3. Bij de artikelen 9 en 10, tweede lid, van het ontwerp worden in hoofde van de gemelde opvangvoorziening verplichtingen ingesteld die geen verband houden met de meldingsplicht als dusdanig. Deze bepalingen kunnen niet steunen op artikel 14 van het decreet van 30 april 2004.

Ook artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 lijkt geen rechtsgrond voor de genoemde bepalingen te kunnen vormen aangezien dat artikel enkel betrekking heeft op normen en voorwaarden om initiatieven toe te staan of te subsidiëren, terwijl de

---

(1) Dit is het geval voor de artikelen 3 en 8, eerste lid, van het ontworpen besluit.

meldingsplicht geen toelating veronderstelt en het ontwerp geen betrekking heeft op de subsidiëring [(2)].

De artikelen 9 en 10, tweede lid, dienen dan ook uit het ontwerp te worden weggelaten.

3.4. In zoverre artikel 12 van het ontwerp betrekking heeft op het meedelen van de identificatiegegevens van de opgevangen kinderen, hetgeen gegevens zijn die onder de toepassing vallen van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is op grond van artikel 22 van de Grondwet een uitdrukkelijke rechtsgrond vereist. Artikel 10, laatste lid, van het decreet van 30 april 2004 kan dergelijke rechtsgrond vormen, voor zover de verwerking van de identificatiegegevens van de opgevangen kinderen noodzakelijk is om de taken bedoeld in de artikelen 5 en 6 van het decreet uit te voeren.

Hetzelfde geldt voor artikel 8, tweede lid, van het ontwerp mocht die bepaling betrekking hebben op persoonsgegevens.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Aanhef

4. Conform hetgeen is opgemerkt betreffende de rechtsgrond voor het ontworpen besluit:

- voege men aan de aanhef een lid toe (dat het eerste lid wordt) waarin wordt verwezen naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen;

- verwijze men in het huidige eerste lid van de aanhef (dat het tweede lid wordt) ook naar de artikelen 8, § 2, en 10, laatste lid, van het decreet van 30 april 2004 en schrappe men in datzelfde lid de verwijzing naar artikel 15 nu dat artikel geen rechtsgrond biedt voor het ontworpen besluit.

---

[(2)] Bepaalde informatieverplichtingen zouden wel aan Kind en Gezin kunnen worden opgelegd op grond van artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 5/, van dat decreet.

5. Aan de aanhef dient een lid te worden toegevoegd waarin gewag wordt gemaakt van het op 10 december 2008 verleende akkoord van de Vlaamse minister van Begroting.

6. Aangezien thans om advies wordt gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dienen het huidige vijfde en zesde lid van de aanhef te worden vervangen door het volgende lid (dat het zevende lid wordt):

"Gelet op advies 45.811/3 van de Raad van State, gegeven op 3 februari 2009, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;".

Artikel 1

7. In artikel 1, 3/, dient het erin vermelde besluit van de Vlaamse Regering van 26 maart 2004 met zijn volledige opschrift te worden vermeld.

Artikel 4

8. In vergelijking met het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 1997, is de omschrijving, in artikel 4 van het ontwerp, van sommige categorieën van vrijgestelde activiteiten eerder vaag. De rechtszekerheid vereist dat uit het ontwerp zo duidelijk mogelijk kan worden afgeleid voor wie de meldingsplicht wel of niet geldt.

Artikel 6

9. Anders dan in het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 1997, wordt in het ontwerp nergens bepaald welke gegevens aan Kind en Gezin moeten worden gemeld. Dit zal blijken uit het formulier dat luidens artikel 6 ter beschikking word gesteld door Kind en Gezin. Aldus wordt de delegatie aan de Vlaamse Regering die is vervat in

artikel 14, derde lid, van het decreet van 30 april 2004 om de voorwaarden van de verplichting tot mededeling te bepalen, doorgeschoven naar een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid.

Met betrekking tot subdelegatie van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling dient eraan te worden herinnerd dat de Raad van State, afdeling wetgeving, er in het verleden al meermaals heeft op gewezen dat het toekennen van reglementaire bevoegdheid aan openbare instellingen of organen ervan, moeilijk in overeenstemming te brengen valt met de algemene principes van het Belgisch publiek recht, aangezien erdoor wordt geraakt aan het beginsel van de eenheid van de verordende macht en terzake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Verordeningen van die aard ontberen daarenboven de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling wetgeving van de Raad van State.

Als er in het verleden al uitzonderingen op het delegatieverbod van reglementaire bevoegdheid aan openbare instellingen toelaatbaar werden geacht, betrof het doorgaans delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard, dat ervan mocht worden uitgegaan dat de instellingen, die de betrokken reglementering dienden toe te passen, ook het best geplaatst waren om deze met kennis van zaken uit te werken en de aldus gedelegeerde bevoegdheid uit te oefenen.

Er is slechts geen bezwaar tegen een bepaling die het aan Kind en Gezin overlaat om een formulier ter beschikking te stellen wanneer de gegevens die gemeld moeten worden in het ontwerp zelf of eventueel op grond van een delegatie door de minister worden bepaald.

Artikel 8

10. Wellicht zijn het de gegevens die krachtens artikel 6 dienen te worden gemeld die krachtens artikel 8, eerste lid, dienen te worden geregistreerd. Er wordt derhalve verwezen naar opmerking 9.

Artikel 11

11. Artikel 11, eerste lid, vormt een nutteloze herhaling van artikel 14, tweede lid, van het decreet van 30 april 2004, en dient derhalve te worden weggelaten.

Artikel 14

12. Het zou logischer zijn de artikelen 17 tot 20 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 1997, die betrekking hebben op het attest van toezicht, op te heffen bij het besluit dat thans in ontwerpvorm is voorgelegd onder rolnummer 45.812/3.

Artikel 15

13. Luidens artikel 15 heeft het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, uitwerking met ingang van (niet: treedt in werking op) 1 januari 2009. De gemachtigde verklaarde dat deze retroactiviteit behouden zal blijven.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Voor zover het besluit verplichtingen bevat die nieuw zijn in vergelijking met de verplichtingen die zijn opgenomen in het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 1997 of bepalingen bevat die de situatie van de betrokken personen of voorzieningen nadelig beïnvloeden, is de retroactiviteit ervan niet aanvaardbaar.

---

De kamer was samengesteld uit

| | | |
|---|---|---|
| de Heren | J. SMETS, | staatsraad, voorzitter, |
| | B. SEUTIN,<br>P. BARRA, | staatsraden, |
| | H. COUSY,<br>J. VELAERS, | assessoren van de<br>afdeling wetgeving, |
| Mevrouw | M. VERSCHRAEGHEN, | toegevoegd griffier. |

Het verslag werd uitgebracht door Mevrouw R. THIELEMANS, eerste auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

M. VERSCHRAEGHEN J. SMETS